Capítulo 11 – pp. 233-252.

Os democratas deliberativos devem defender a aplicação judicial dos direitos sociais?

Roberto Gargarella

GARGARELLA, Roberto. Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?, *In DELIBERATIVE DEMOCRACY AND ITS DISCONTENTS*, Edited by SAMANTHA BESSON, University of Fribourg, Switzerlandand, JOSÉ LUIS MARTÍ, Pompeu Fabra University, Barcelona, Spain, London and New York: Routledge, 2005, pp 233-252.

Sumário

Introdução

Neste capítulo, explorarei as implicações da democracia deliberativa no que diz respeito à aplicação judicial dos direitos sociais. A ideia de escrever este capítulo surgiu após um período de pesquisa que incluiu a leitura de inúmeras decisões judiciais na área dos direitos sociais. Cheguei então a algumas conclusões, que usarei como base do presente capítulo. As conclusões foram as seguintes:

1) Apesar da importância adquirida pela teoria da democracia deliberativa, a literatura sobre esse tema parece não ter tido quase nenhum impacto nas decisões judiciais relativas aos direitos sociais. Esse resultado parece particularmente desconcertante, uma vez que os juízes frequentemente se referem a argumentos relacionados à democracia em suas decisões sobre direitos sociais.

2) Apesar do alto nível de sofisticação argumentativa alcançado por (numerosos) juízes norte-americanos e latino-americanos, não se encontra interessante elaboração judicial em suas referências (mais ou menos explícitas) à democracia em casos relacionados a direitos sociais. Esse resultado também é estranho, dados os avanços teóricos significativos feitos pelos juízes em seu pensamento sobre a democracia em outras

áreas do direito, particularmente as da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

3) Em muitas das decisões examinadas, houve uma notável falta de cuidado na transição de premissas sobre democracia para conclusões sobre o que os juízes deveriam fazer ou (mais comumente) não fazer em relação à aplicação dos direitos sociais. Normalmente, um juiz afirmaria sua necessidade de respeitar a democracia e, conseqüentemente, a importância de respeitar a vontade do legislador, e então concluiria a partir dessas premissas que ele não tem permissão para fazer valer o direito social específico que ele é obrigado a fazer valer.

4) Provavelmente, a descoberta mais surpreendente foi a seguinte. Em suas referências a argumentos relacionados à democracia , diferentes juízes em momentos diferentes recorreram a (principalmente duas) noções muito diferentes de democracia. Alguns juízes usaram (o que chamarei) uma noção pluralista de democracia, enquanto outros fizeram referência a (o que chamarei) uma noção mais progressista, populista ou participativa dela. O fato notável é que, independentemente de qual dessas concepções opostas eles usassem, eles quase invariavelmente chegavam à mesma conclusão, a saber, que o respeito pela democracia exigia que os juízes não fizessem valer os direitos sociais.

É claro que, quando os juízes justificam sua decisão de não fazer valer os direitos sociais, eles também recorrem a outros argumentos, além daquele baseado nas exigências da democracia. Eles afirmam, por exemplo, que os direitos sociais são muito caros (enquanto o DVFL e os direitos políticos não são). Na mesma linha, os juízes às vezes distinguem entre direitos "negativos" e "positivos" (isto é, direitos que exigem que o Estado se abstenha de agir e direitos que exigem que o Estado "faça algo" para cumprir suas obrigações) e suponha que eles tenham permissão para forçar o estado a "parar de fazer algo", mas que eles não podem forçá-lo a agir "positivamente". Além disso , às vezes, os juízes justificam sua decisão de não fazer valer os direitos sociais fazendo referência à necessidade de respeitar a separação de poderes (um argumento que está intimamente associado ao da democracia, embora não seja o mesmo). Agora. supondo que nenhum desses argumentos pareça muito promissor, a seguir concentrarei minha atenção no uso do argumento democrático, em suas várias formas, e nos problemas levantados por essa escolha.

Na próxima parte deste capítulo, apresentarei um resumo aproximado das abordagens pluralistas e participativas da democracia e mostrarei as consequências que normalmente derivam de sua escolha no que diz respeito à relação entre a democracia, judiciário e direitos sociais. Mais especificamente. Analisarei o curioso fato de que duas visões opostas da democracia parecem chegar às mesmas recomendações sobre a aplicação judicial dos direitos sociais. Em seguida, examinarei uma terceira variação do argumento democrático, conectada à teoria da democracia deliberativa, e explorarei suas implicações em relação à Judicial Review/Controle de Constitucionalidade e, mais particularmente, à aplicação judicial dos direitos sociais.

1 Da Democracia Política aos Direitos Sociais

Em suma, os juízes que aderem à visão pluralista da democracia assumem que

(i) um de seus principais deveres é prestar o devido respeito à vontade democrática do povo:

(ii) o "locus" da vontade democrática do povo é a Constituição: e

(iii) eles são obrigados a não fazer valer os direitos sociais porque "o povo" não incorporou os direitos sociais na Constituição.

Foi Alexander Hamilton, um dos primeiros pensadores jurídicos que defendeu tal abordagem, onde a Constituição era vista como o principal e exclusivo "locus" da vontade do povo. Em *The Federalist Papers,* n. 78. Hamilton sustentou que a vontade genuína do povo residia na Constituição, e não nas decisões transitórias da legislatura. Por essa razão, ele acreditava que era totalmente justificado que os juízes, em certas circunstâncias, "declarassem nulos os atos legislativos".* Em sua opinião, essa "conclusão supõe de qualquer forma uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos: e que onde a vontade do legislativo, declarada em seus estatutos, se opõe à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados por este último e não pelo primeiro. Ao fazê-lo. Hamilton inaugurou uma nova maneira de pensar sobre a relação entre a Constituição, a democracia e o judiciário. Mais tarde. O juiz Marshall transformou essa opinião em um ditado judicial que fez história. Na conhecida decisão *Marbury v. Madison* (5 US 137,1803). Ele justificou tanto a Judicial Review/Controle de Constitucionalidade quanto a supremacia judicial como ceras de proteção da vontade real do povo. Em sua opinião, "o povo tem o direito original de estabelecer, para seu futuro governo, princípios como. em sua opinião, conduzirá mais à sua própria felicidade. E - acrescentou - "como a autoridade da qual procedem é suprema e raramente pode agir. eles são projetados para serem permanentes. Comprometidos em proteger a democracia, os juízes não tiveram alternativa a não ser invalidar todas as normas que desafiavam a autoria da Constituição.

É claro que, para chegar a essa conclusão e definir quais normas realmente desafiavam a autoria da Constituição, os juízes tinham que assumir uma visão mais ampla sobre o significado da democracia e também uma certa teoria sobre como interpretar a Constituição. A teoria da democracia que parece estar implícita nesta análise está relacionada ao que se costuma chamar de visão madisoniana ou pluralista da democracia (que considerarei sinônimos), e que pressupõe que o objetivo da Constituição é evitar opressões mútuas em um mundo caracterizado pela presença de *facções.* As facções, supõe-se aqui, tentam incessantemente expandir seus poderes, mesmo ao custo de violar os direitos de outras pessoas. Além disso, essa concepção de democracia concebe os cidadãos como um grupo de pessoas movidas principalmente por paixões ou impulsos de interesse próprio, que normalmente os impedem de decidir de forma racional e de acordo com os interesses do todo.[1] É por isso que. Para essa visão, o sistema constitucional é direcionado principalmente para reduzir, em vez de expandir ou promover, a influência de grupos de interesse, e particularmente grupos majoritários, na política[2]. Não surpreendentemente, essa visão da democracia é geralmente associada a um baixo grau de participação política cívica: para aqueles que defendem essa visão, o fato da apatia política favorece, em vez de minar, a

estabilidade política, que aqui aparece como um dos valores políticos cruciais. O outro lado dessa moeda parece ser a defesa de um processo de tomada de decisão "tecnocrático", ou seja, um processo em que as decisões são elaboradas por especialistas independentes que estão devidamente isolados das pessoas em geral. Autoria política é. como resultado, distribuído entre diferentes elites, que por sua vez acessam o poder, de acordo com o voto periódico do povo.[3]

Em algumas ocasiões, e no que diz respeito à interpretação constitucional, os juízes que aderiram à visão pluralista pareciam sustentar que a maneira correta de interpretar a Constituição exigia que eles seguissem (uma ou outra versão) do que hoje chamamos de teoria originalista da interpretação, que propõe interpretar a Constituição de acordo com seu entendimento original (seja o que for). No contexto dos EUA, o texto da Constituição, bem como suas principais fontes, foram lidos como comprometidos com um forte individualismo e hostis ao que veio a ser chamado de "ativismo estatal"[4]. A Constituição parecia exigir um estado mínimo, ou seja, um estado que não interfira na escolha pessoal individual e deixe amplo espaço para iniciativas econômicas privadas. Tal estado, supõe-se aqui, honra adequadamente a liberdade individual e favorece o progresso econômico.

Autoridades legais altamente respeitadas, como Justice Story ou Thomas Cooley, apoiaram essa visão, defendendo a necessidade constitucional de proteger a propriedade privada contra o "absolutismo" e os caprichos das maiorias legislativas (Forbath, 1999) - A esse respeito, por exemplo, Cooley escreveu em seu famoso tratado de 1868 que uma "promulgação legislativa não é necessariamente a lei da terra". se afetasse a liberdade de contrato do povo" (Cooley. 1868).

Mais ou menos explicitamente, os tribunais têm defendido essa visão da democracia para derrubar leis destinadas a reestruturar a economia ou "reparar" algumas das consequências negativas derivadas das chamadas "forças livres do mercado" (digamos, altos níveis de pobreza ou desemprego). Na mesma linha, os juízes têm se apoiado nessa visão da democracia e do Estado para justificar sua abstinência em relação aos direitos sociais.

Nos EUA, por exemplo, a Corte usou a " cláusula de comércio" da Constituição para restringir os poderes do Congresso: invocou a proteção constitucional da "liberdade de contrato" para restringir qualquer tentativa pública de regular a relação entre empregadores e empregados: e estabeleceu limites às iniciativas do Congresso para delegar poderes ao presidente e agências federais. Além disso, e desde o início do século XX, invalidou centenas de reguladores. normas por meio do uso da Décima Quarta Emenda, que estabeleceu que "nenhum estado pode privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal".

Provavelmente, o caso mais significativo e famoso a esse respeito é *Lochner v. Nova York* (198 US 45.1905). onde a Suprema Corte se perguntou "qual dos dois poderes ou direitos deve prevalecer - o poder do estado de legislar ou o direito do indivíduo à liberdade pessoal e à liberdade de contrato". Em outras palavras, os juízes se perguntaram se as escolhas coletivas ou individuais deveriam prevalecer, e sua resposta como claramente a última. O forte viés individualista e anticoletivista defendido pelo Tribunal em *Lochner* persistiu dentro do tribunal por pelo menos 25 anos. Durante esses anos, a Suprema Corte invalidou vários regulamentos econômicos, normalmente invocando a cláusula do devido processo

da Constituição. Uma das demonstrações mais notáveis desse viés veio em *Coppage v. Kansas* (236 US 1.1915) - um dos muitos casos semelhantes em que o Tribunal invalidou os esforços públicos para compensar o poder de barganha desigual dos trabalhadores. Da mesma forma, em *Adkins v. Children's Hospital* (261 US 525,1923).. o Tribunal invalidou um estatuto que estabelecia salários mínimos para mulheres afirmando: "não podemos aceitar a doutrina de que mulheres em idade madura. *sui juris,* exigem ou podem ser submetidos a restrições à sua liberdade * de contrato que não poderiam ser legalmente impostas no caso de homens em circunstâncias semelhantes / Nos últimos tempos, e guiado pelo juiz Rehnquist (que se autodenominava pluralista), o Tribunal deu nova vida à leitura pluralista / originalista da Constituição (curiosamente, no entanto, alguns dos membros da Corte recorreram, às vezes, a argumentos populistas, como veremos a seguir).

2 Da democracia populista aos direitos sociais

Os juízes que aderem à nova democracia populista assumem que

(i) um dos seus principais deveres é prestar o devido respeito à vontade democrática do povo:

(ii) o lócus principal da vontade do povo reside fora da Constituição, no "aqui e agora/ e

(iii) dado que o povo, "aqui e agora, " não tomam medidas ativas para a aplicação dos direitos sociais, então os juízes devem respeitar essa decisão soberana, em vez de tentar impor suas próprias opiniões contra ela

Uma primeira versão deste novo tornou-se popular entre os líderes políticos e figuras públicas durante a época das Revoluções Francesa e Americana.

Particularmente entre a ala radical de ambas as revoluções. Parecia claro que o lugar do judiciário era totalmente subordinado aos ramos políticos. Os juízes tiveram que resolver conflitos, mediando entre reivindicações opostas, mas não tiveram nenhum papel a desempenhar em relação ao conteúdo e significado da Constituição. Os juízes - supunha-se então - não tinham autoridade para contestar o que as autoridades políticas decidiam fazer. Conforme refletido na metáfora do judiciário como a "boca da lei", os juízes se limitavam a aplicar em vez de interpretar ou de alguma forma modificar a vontade do legislador democrático. Em consonância com essa visão, o primeiro relatório legislativo sobre o papel do judiciário preparado após a Revolução Francesa concluiu que os juízes não deveriam ter o "privilégio perigoso" de interpretar a lei ou incluir seus pontos de vista na lei. Nos Estados Unidos, um sentimento geral de hostilidade em relação ao judiciário - um sentimento manifestado em algumas rebeliões populares, simbolizadas pela "rebelião de Shays" - se estendeu pelas classes mais baixas após o fim da Revolução. Essa hostilidade geral em relação ao judiciário representou a expressão máxima de uma convicção mais profunda, segundo a qual os juízes não devem se envolver em questões "políticas", como amplamente entendidas.

A visão populista da democracia então desenvolvida veio desafiar a concepção pluralista de democracia, particularmente o papel limitado que esta reservava à participação política: os populistas consideravam a apatia política como um defeito e não como uma virtude - da democracia. De acordo com (pelo menos algumas versões) da concepção participativa, a democracia exigia uma comunidade autônoma*, baseada em cidadãos ativos e virtuosos. Em sua forma ideal, essa sociedade autônoma é composta por cidadãos que se identificam com sua comunidade e que têm fortes laços de solidariedade com seus pares.

As obras de Jean-Jacques Rousseau, Thomas Paine ou Thomas Jefferson representam antecedentes importantes dessa concepção de democracia. Claro, seus escritos diferem em vários aspectos. No entanto, e nesta fase, talvez valha a pena enfatizar algumas das coincidências que os uniram, das quais mencionarei apenas duas. Em primeiro lugar, esses autores acreditavam que garantir o valor da participação política exigia o cumprimento de certas pré-condições sociais e econômicas. Normalmente, essas pré-condições incluem a organização da comunidade em pequenas unidades e o "cultivo" da virtude cívica. Mais interessante para nossos propósitos, eles exigiam a existência de uma sociedade igualitária, composta por indivíduos situados em posições sociais semelhantes. Para Rousseau, por exemplo, a existência de interesses díspares ou opostos - em outras palavras, a fragmentação da sociedade em facções - tornou impossível para o povo reconhecer seus interesses comuns. Nesses casos, ele assumiu, cada indivíduo tendia a se identificar e defender os interesses de seu grupo, considerando erroneamente que esse interesse parcial representava o interesse do todo. Em suma, a formação da "vontade geral" - no final, o autogoverno exigia igualdade. É por isso que uma sociedade comprometida com o valor do autogoverno deveria se preocupar principalmente com a distribuição de recursos.[5]' Claramente, essas preocupações diferem dramaticamente daquelas que caracterizam o pensamento pluralista. Pluralistas. Como vimos, tentou remover todas essas questões socioeconômicas da agenda política, acreditando que a distribuição final de recursos tinha que ser o resultado de uma interação espontânea entre os diferentes membros da sociedade. Além disso, os populistas defendiam uma organização institucional que prestasse mais atenção à intervenção popular na política do que ao estabelecimento de controles e limites à vontade do povo. Alguns deles se opuseram diretamente à ideia de democracia representativa, sugerindo uma conexão entre delegação de poder e tirania.

Muito recentemente, muitos autores e juízes resgataram essa visão de democracia em suas discussões sobre o papel adequado dos juízes diante dos direitos sociais. Talvez surpreendentemente - dado que o discurso participativo tem sido tradicionalmente associado a forças progressivas – alguns autores conservadores passam a defender uma participação reduzida do judiciário no que diz respeito à aplicação dos direitos socioeconômicos dos mais desfavorecidos. Essa reivindicação tornou-se particularmente forte depois que o famoso *Tribunal Warren* começou a impor sua agenda progressista (em termos de direitos antidiscriminatórios, liberdade de expressão, devido processo, direitos de prisioneiros e detidos e também, incipientemente, direitos de bem-estar). Diante da "ameaça" de um Tribunal tão progressista e "ativista", alguns juízes influentes e figuras acadêmicas, como o juiz Easterbrook ou o juiz Bork. se perguntou: "Por que o Tribunal, um comitê de nove advogados, deveria ser o único agente para superar os resultados democráticos?" (Bork. 1997: Easterbrook. 1992). As opiniões dessas autoridades legais contribuíram para dar base a uma nova leitura "federalista" do constitucionalismo, segundo a qual os juízes deveriam ser fortemente deferentes às opiniões do povo expressas por meio de seus parlamentos locais.

Notavelmente, essa visão sobre o papel dos juízes e da Constituição não foi adotada apenas por doutrinários conservadores, mas também por alguns dos estudiosos mais progressistas de nosso tempo. Michael Walzer deu um forte impulso a essa visão por meio de sua famosa obra "Filosofia e Democracia", onde atacou a ideia de introduzir a filosofia por meio da lei e, ao fazê-lo, criticou o ativismo judicial (W'alzer. 1981). O trabalho de Walzer persuadiu, pelo menos em parte, autores influentes como Frank Michelman - um autor que tem sido uma das principais figuras que defendem uma interpretação constitucional que abre espaço para os direitos sociais. Michelman sustenta que os direitos sociais só podem se tornar operacionais quando um órgão governamental decide fornecer benefícios

de bem-estar a determinados indivíduos[7].

O que é mais notável é que esse argumento democrático tem sido usado não apenas em relação a documentos, como a Constituição dos Estados Unidos, que são omissos em termos de direitos sociais, mas também em relação a Constituições socialmente avançadas, como a maioria das Constituições latino-americanas. Nos EUA, o argumento democrático recomendava não derivar os direitos sociais de uma Constituição que não os mencionasse, porque, ao fazê-lo, os juízes se tornariam legisladores. Agora, na América Latina. As constituições tendem a incluir vários direitos sociais entre suas cláusulas. No entanto, mais uma vez, o argumento democrático foi entendido como exigindo abstinência judicial. Na maioria dos casos, essa abstinência tem sido justificada com a afirmação de que as referências constitucionais aos direitos sociais são dirigidas apenas aos poderes políticos que controlam o orçamento nacional e têm legitimidade democrática para distribuir recursos entre os diferentes grupos sociais. Foi o que a Suprema Corte da Argentina sustentou, por exemplo, no caso *Ramos, Marta v. Provincia de Buenos Aires*[8], onde a Corte alegou que a Constituição "não exigia que o judiciário [mas os poderes políticos] garantissem o bem-estar geral".

Essa conclusão não é exatamente a mesma a que chegamos após nossa análise das teorias pluralistas. As teorias participativas exigem que os juízes respeitem o que os legisladores fazem em relação aos direitos sociais, enquanto as teorias elitistas os encorajam a invalidar todas as decisões legais que colocam em risco uma concepção (muito ampla) de direitos de propriedade. No entanto, e apesar dessa diferença inicial, ambas as visões condenam o "ativismo judicial". Em outras palavras, as teorias conservadoras e progressistas da democracia parecem trabalhar juntas em sua conclusão de que os juízes podem e são obrigados a fazer valer os direitos civis e políticos, mas não os sociais, o que parece desconcertante.

Agora, aqueles que estão interessados na aplicação judicial dos direitos sociais podem razoavelmente se perguntar se as respostas sugeridas pelas abordagens anteriores - que concluíram em uma hostilidade geral em relação à aplicação dos direitos sociais - são sólidas. A este respeito, existem algumas dúvidas que valem a pena mencionar. Primeiro, os juízes que se recusam a fazer valer os direitos sociais devem nos dizer por que usam as teorias interpretativas que usam, em vez de alternativas que poderiam tê-los levado a resultados diferentes. Por exemplo, eles deveriam nos dizer por que a melhor interpretação da Constituição é, digamos. um que exige que "descubramos" e implementemos os programas políticos e econômicos que nossos "Pais Fundadores" defendiam (e, além disso, eles deveriam nos explicar como escolheram entre os - previsíveis - diferentes planos que circulavam entre a elite na época em questão), em vez de outras teorias interpretativas que exigiam que pensássemos, digamos, em termos de a melhor teoria de justiça disponível. Em particular, vale a pena notar que, para aqueles que queriam insistir na via originalista, está se tornando cada vez mais difícil manter a conclusão de que os direitos sociais não podem ser aplicados judicialmente. Isso ocorre porque a maioria das constituições modernas incorporou longas listas de direitos sociais e/ou deu status constitucional a tratados internacionais que exigem explicitamente que os juízes adotem uma atitude diferente em relação aos direitos sociais.

Além disso, deve-se perguntar o que esses juízes fazem para chegar às suas decisões preferidas a partir de sua escolha anterior de sua teoria favorita da democracia. Para ilustrar essa afirmação, não está claro que a adoção de uma visão participativa exija que os juízes se abstenham de fazer valer os direitos sociais em vez de implementá-los. Com efeito, pode-se razoavelmente sustentar

que tal visão populista exige, de todos os funcionários públicos, incluindo juízes, que tomem medidas para a implementação de certos direitos sociais, econômicos ou culturais básicos. A ideia é que, para honrar os valores que os democratas populistas querem honrar (digamos, os valores da participação pública na política, o valor de ter um processo de tomada de decisão genuinamente coletivo), é preciso garantir que certos direitos básicos estejam em vigor e em ação

Nas seções a seguir. Concentrarei minha atenção em uma terceira concepção diferente de democracia, a saber, uma concepção deliberativa. Mais especificamente, explorarei o que os juízes devem fazer em relação aos direitos sociais se tomarem como ponto de partida tal compreensão da democracia.

3 Da Democracia Deliberativa ao Judicial Review

Embora seja possível distinguir muitas versões diferentes da concepção de democracia deliberativa (Elster, 1998: Bohman. 1996: Cohen, 1989: Nino, 1991). Vou propor aqui uma versão dele caracterizada pelas duas características a seguir. Primeiro, assumirei que essa visão de democracia exige que as decisões públicas sejam adotadas após um amplo processo de *discussão coletiva.* Em segundo lugar, assumirei que o processo deliberativo requer, em princípio, a intervenção de *todos os potencialmente afetados* pela decisão no trabalho[9]

Por um lado, essa visão difere significativamente das teorias pluralistas, particularmente como consequência de sua segunda característica distintiva. Com efeito, a democracia deliberativa exige que as decisões públicas sejam fundamentadas em uma ampla base consensual moldada pela participação de todos os diferentes setores sociais da sociedade. Para essa visão, quanto menor o escopo e a intensidade da participação cívica, mais fracas são as razões para considerar o resultado final do processo deliberativo imparcial (Nino. 1991). A ampla intervenção coletiva é vista como uma condição primária e necessária (embora não suficiente) para essa imparcialidade. Por outro lado, esse modelo deliberativo tem coincidências com visões participativas da democracia sobre o valor que ambas as visões dão à participação política. No entanto, difere de versões importantes da visão participativa como consequência de sua defesa do debate público. O trabalho de Rousseau pode nos ajudar a entender o significado dessa objeção. De acordo com o Contrato Social de Rousseau*, a* deliberação pública não era apenas desnecessária para criar decisões imparciais, mas uma circunstância que tornava a imparcialidade impossível. Com efeito, para Rousseau, a deliberação pública ameaçava dividir a sociedade em facções. Para ele. A deliberação trabalhou contra a unidade social e ajudou os cidadãos a pensar mais sobre seus próprios interesses e menos sobre o que eles tinham em comum com o resto. Em outras palavras, a deliberação é tomada para minar o próprio ideal de criar uma "vontade geral" (Manin. 1987).

Agora, a questão é o que se seguiria, em relação à aplicação ou não dos direitos sociais, se tomássemos essa concepção deliberativa de democracia como nosso ponto de partida. E, como a resposta a essa pergunta depende de uma prévia e mais ampla, relacionada à conexão entre democracia deliberativa e controle de constitucionalidade. Começarei explorando essa questão com mais detalhes.

Para começar, a relação entre democracia deliberativa e Judicial Review/Controle de Constitucionalidade não parece ser fácil. Como afirma Dennis Thompson, a democracia deliberativa não exclui a Judicial Review/Controle de Constitucionalidade como um possível arranjo institucional, mas insiste que muitas vezes haverá discordância razoável sobre quais liberdades devem ser invioláveis e que, mesmo quando houver acordo sobre elas, haverá disputa razoável sobre sua interpretação e como eles devem ser pesados em relação a outras liberdades. As liberdades estão sujeitas a revisão como resultado de novos insights filosóficos ou evidências empíricas e. mais importante, os desafios levantados nas deliberações democráticas reais (Thompson, 1999).

Thompson. Acredito que lança adequadamente algumas dúvidas sobre o valor que a Judicial Review/Controle de Constitucionalidade tem para os democratas deliberativos. Embora eu diga algo sobre por que este último poderia resistir

(certas versões de) Judicial Review/Controle de Constitucionalidade. Tentarei primeiro mostrar quais são as razões que eles têm para apoiá-lo . mesmo (ou particularmente) no que diz respeito à aplicação dos direitos sociais .

Em primeiro lugar. Se tomarmos como ponto de partida o fato de que somos todos falíveis, temos um primeiro motivo para acolher, em princípio, todos aqueles dispositivos que nos ajudam a corrigir nossas decisões. Nossas decisões são e sempre estarão sujeitas a erros factuais e lógicos, falta de informação ou preconceitos. Além disso, como todos sabemos, o sistema político sofre de numerosos problemas que facilitam a adopção de decisões parciais.

Há uma ampla literatura, tanto teórica quanto empírica, comentando e documentando a influência indevida que grupos de interesse e interesses poderosos exercem no processo político. De acordo com essa literatura, o sistema político tende a se tornar indevidamente tendencioso ou excessivamente sensível às pressões de certos grupos, o que afeta tanto seu caráter majoritário quanto sua ambição de promover a imparcialidade.

Tais dificuldades devem levar os democratas deliberativos a resistir a decisões que

- (i) venham a minar a deliberação presente ou futura *(deliberação-decisões restritivas*):
- (ii) sejam o produto de um sistema deliberativo que funcione mal (decisões que resultam de *vícios processuais); ou*
- (iii) *sejam* o resultado circunstancial de um processo decisório que, em uma ocasião específica, não considerou alguns argumentos relevantes ou em outros WAPs não são justificadas publicamente (decisões baseadas em deliberação *imperfeita).*[10]'

É por isso que é necessário garantir que - como afirmou Cass Sunstein - "seja a deliberação - não distorcida pelo poder privado - que deu origem a esse resultado" (Sunstein. 1985. pág. 68: Habermas, 1996. pp. 274-86). Em suma. Um sistema deliberativo bem organizado pode exigir a existência de mecanismos institucionais que vieram preservar e aprimorar seu caráter deliberativo.

Levando em conta essas considerações, pode-se facilmente chegar à conclusão de que os juízes estão institucionalmente colocados em uma posição excepcional para contribuir para promover a deliberação: o judiciário é a instituição encarregada de receber reclamações de todos aqueles que são ou sentem que foram tratados indevidamente pelo processo decisório. Não há outra instituição cujos corredores sejam diariamente preenchidos por aqueles que precisam de ajuda e atenção pública. Os juízes são (bastante) naturalmente inclinados a olhar para o sistema político da perspectiva daqueles que sofrem com ele - eles são obrigados a olhar para esse sistema, prestando atenção às suas fraquezas, falhas e rupturas. Melhor ainda, os juízes são institucionalmente obrigados a ouvir as diferentes partes em conflito - e não apenas o lado que afirma ter sido maltratado.

Agora, não é apenas que os juízes estão institucionalmente bem posicionados para enriquecer o processo deliberativo e ajudá-lo a corrigir alguns de seus preconceitos impróprios. Também é verdade que os juízes têm muitas ferramentas diferentes que facilitam sua tarefa a esse respeito, pois foi ratificado pela prática real da Judicial Review/Controle de Constitucionalidade. Por um lado, e como consequência de sua posição institucional e dos meios de que dispõem, os juízes têm boas chances de detectar como o processo deliberativo está funcionando. Ao mesmo tempo, os juízes têm muitas chances de agir de maneira respeitosa com a autoridade final do povo: eles têm técnicas e meios processuais suficientes que lhes permitem agir consequentemente. Eles podem decidir remeter uma determinada norma ao Congresso, forçando-o a pensar sobre essa norma: eles podem declarar que um certo direito foi violado sem impor uma solução particular aos legisladores: eles podem estabelecer que uma certa violação de direitos precisa ser remediada em um determinado tempo sem tomar o lugar do legislador para decidir Que remédio adotar: Podem oferecer ao legislador um conjunto de soluções alternativas, deixando-lhe a decisão final de qual escolher.

4 Judicial Review, Democracia Deliberativa e Direitos Sociais

Em princípio, as considerações acima parecem ser perfeitamente aplicáveis à área dos direitos sociais. A Judicial Review/Controle de Constitucionalidade pode ser um instrumento crucial para melhorar a deliberação sobre direitos sociais, que envolve inúmeras e cruciais questões públicas.

Além disso, o ativismo judicial na área dos direitos sociais pode ser considerado particularmente relevante, dada a íntima conexão que existe entre direitos sociais e participação política.[11] Como afirmou Carlos Niño, "as condições sociais e econômicas dos indivíduos, como seu nível de escolaridade, são pré-condições para a participação livre e igualitária no processo político" (Nino. 1996. pág. 201).[12] Em suma, pode-se razoavelmente afirmar que a ausência de políticas públicas destinadas a colocar em prática os direitos sociais pode dificultar o envolvimento político dos mais desfavorecidos e, assim, minar todo o valor do processo democrático. [13]

Ao mesmo tempo, não há boas razões para pensar que a intervenção judicial nesta área necessariamente entrará em conflito com a democracia (aqui, a democracia deliberativa). Em contraste, também nesta área, os juízes podem decidir de maneira que respeite totalmente a autoridade superior do povo e seus representantes. Em seu livro sobre direitos sociais. Cecile Fabre listou algumas possibilidades a esse respeito. Em sua opinião, os tribunais poderiam, por exemplo,

(i) "declarar que um direito constitucional foi violado, sem pedir remédios:"

(ii) "declarar que um direito constitucional foi violado e [pedir] ao Estado que prolongue remédios:

a) sem especificar como e sem estabelecer um prazo:

b) sem especificar como. mas exigindo que o façam dentro de um determinado prazo:"

(iii) "declarar que um direito constitucional foi violado, [pedir] ao Estado que proporcione soluções e especifique que tipos de soluções devem ser fornecidas, como e quando" (Fabre, 2000, p. 11). 148: Gloppen. 2006).

Cass Sunstein fez uma observação semelhante, argumentando contra aqueles que acreditam que o "ativismo" judicial na área dos direitos sociais implica necessariamente "deslocar o julgamento democrático sobre como estabelecer prioridades" (Sunstein. 2004, p. 228). Para ele, o fato de que existem certos "compromissos" constitucionais em relação aos direitos sociais, e, eu deveria adicionar, seguindo sua análise - o fato de os juízes tomarem certas medidas específicas para a aplicação desses direitos "pode promover a deliberação democrática, não antecipá-la, direcionando a atenção política para interesses que de outra forma seriam desconsiderados na vida política comum" (Sunstein. 2004. p. 228). A visão renovada de Sunstein sobre o tema surgiu após seu estudo de algumas das decisões da Corte Sul-Africana pós-apartheid, que lhe mostraram que era possível para a Corte optar por um "terceiro caminho" entre duas opções indesejáveis e injustificáveis, a saber, garantir a proteção de "direitos totalmente individuais". assumindo que os tribunais não tinham nenhum papel a desempenhar no assunto (Sunstein, 2004. p. 227).

O exemplo da jurisprudência da África do Sul foi, de fato, revolucionário em seus efeitos ao ajudar a comunidade jurídica mundial a entender que era possível tanto apoiar um papel ativo do judiciário na área dos direitos sociais quanto ainda afirmar a primazia das autoridades políticas. Duas das decisões mais notáveis da Suprema Corte da África do Sul, no caso *Grootboom*"[14] e no caso *Treatment Action*

Campaign,[15] são particularmente reveladoras a esse respeito. A primeira envolveu uma denúncia apresentada por 900 demandantes que viviam em condições de extrema pobreza, em barracos miseráveis, e reivindicavam o respeito ao seu direito à moradia. Diante dessa situação, a Corte sul-africana exigiu que o Estado criasse um programa destinado a cumprir suas obrigações constitucionais, incluindo medidas razoáveis destinadas a "prolongar o alívio para pessoas que não têm acesso à terra, nem teto sobre suas cabeças e que estão se fixando em condições intoleráveis". O segundo caso dizia respeito à AIDS, que é um dos problemas sociais mais dramáticos da África do Sul, e à decisão do governo de proibir a administração de um medicamento antiviral - a nevirapina - exceto em circunstâncias excepcionais (o qual incluiu, por exemplo, a criação de centros especiais de pesquisa). Aqui, o Tribunal afirmou que o governo estava sob o dever de "conceber e implementar com seus recursos disponíveis um programa abrangente e coordenado para realizar progressivamente os direitos das mulheres grávidas de ter acesso aos serviços de saúde para combater a transmissão mãe-filho de HIV " As decisões do Tribunal nestes casos são particularmente interessantes porque demonstraram que, na prática, é possível que os juízes contribuam para a discussão de certas questões públicas fundamentais sem se apropriarem da democracia. O Tribunal deu essa contribuição não apenas abordando questões que as autoridades políticas não abordam (ou abordam de forma imprópria, ou seja, discriminando certos grupos), mas também o faz por meios que respeitam a autoridade superior do povo e seus representantes. Como se pode ver por estes acórdãos, o Tribunal não impôs os seus pontos de vista às autoridades políticas, definindo, por exemplo, que deveriam ser adoptados quais remédios. No entanto, é sem dúvida claro que suas decisões vieram fomentar uma discussão que estava ausente ou indevidamente realizada até aquele momento e, assim, obrigou os políticos a assumirem responsabilidades que haviam se recusado a assumir de forma adequada. Ao fazer isso, o Tribunal fez um esforço crucial na direção de "incluir" socialmente as pessoas que estavam virtualmente marginalizadas da conversa pública.

O exemplo indiano é tão interessante quanto o sul-africano. embora por razões diferentes - particularmente pela franqueza e radicalismo das decisões da Suprema Corte indiana em termos de direitos sociais.[16] Certamente, do ponto de vista da democracia deliberativa, não é estranho que todas as suas decisões (durante seu período mais "ativo") sejam igualmente defensáveis - algumas delas, pode-se razoavelmente pensar, excederam os rituais dialógicos que os democratas deliberativos elogiam e representaram a imposição das visões (neste caso progressistas)do Tribunal sobre autoridades políticas. Entretanto, se pode dizer que, em termos gerais, a atividade do Tribunal ainda pode ser defendida de uma deliberativa e perspectiva, pelo menos em outros aspectos. Em primeiro lugar, a jurisprudência indiana representa um exemplo novo e esclarecedor de um antiformalismo que é particularmente saudável na área dos direitos sociais, onde ainda existem barreiras brutais que impedem os mais desfavorecidos de apresentar seus pontos de vista ao público. O exemplo mais marcante do antiformalismo do Tribunal Indiano é a chamada jurisdição epistolar, criada pelo mesmo Tribunal e, de acordo com a qual, uma mera carta - em vez de apenas uma petição formal - escrita em nome de um grupo desfavorecido, constituía uma condição suficiente para iniciar um processo perante a Suprema Corte. Além disso,

o Tribunal considerou que suas regras liberais de legitimidade e a jurisdição epistolar não eram suficientes para os fins que havia assumido. O Tribunal considerou que também é crucial criar instrumentos de proximidade para propor o tribunal com as informações necessárias para decidir um caso. Para o tribunal principal, é "irrealista esperar que os peticionários desfavorecidos, ou os ativistas que trabalham com eles, forneçam a evidência necessária ao tribunal para julgar as questões" (Hunt. 1996. págs. 165-66). Ou seja, xvhv, por exemplo, decidiu criar "comissões de inquérito sócio-legais como" comissários judiciais "[17].

Uma segunda característica inovativa no caso da Suprema Corte indiana (a qual já existe no comentário anterior) foi o modo pelo qual desafiou explicitamente as suposições tradicionais sobre a noção de separação de poderes. De acordo com essas noções mais tradicionais, a Corte deve assumir sistematicamente uma atitude deferente em relação às decisões dos ramos políticos, a menos que sejam produzidas graves violações da lei aqui produzidas. Contra essa leitura, a Corte indiana assumiu um papel mais "agressivo" e tentou colaborar ativamente com os ramos políticos na criação de decisões mais imparciais. Por exemplo, no caso *Sindicato dos Puxadores de Riquixá Azad v. Punja*[18], o Tribunal decidiu não anular um estatuto polêmico, mas sim colaborar com o qual o Congresso na reescrita do mesmo, a fim de tornar a norma mais inclusiva. Na opinião do Tribunal, o "Tribunal e o conselho concordaram com essa abordagem construtiva e se esforçaram por vários adiamentos para moldar um esquema [novo regulatório]". Para Craig Scott e Patrick Macklem. que analisou esses casos em um estudo detalhado da nova jurisprudência da África do Sul sobre direitos sociais, "a experiência indiana sugere que pode ser apropriado permitir que o judiciário defenda certas soluções para estimular os outros ramos a debates gerais e respostas concretas que, a longo prazo, sejam mais democraticamente legítimas e eficazes" (Scott e Macklem. 1992. pág. 130).

Finalmente gostaria de introduzir alguns comentários sobre o caso da Suprema Corte colombiana, uma vez que provavelmente representa a expressão mais sofisticada de uma Corte comprometida com a aplicação dos direitos sociais e a democracia deliberativa. A Corte colombiana, de fato, tratou de vários casos relativos a direitos sociais e o fez em ceras que foram extremamente respeitosas com a deliberação democrática. A Corte aceitou inúmeras reivindicações populares ("tutelas") destinadas a fazer valer os direitos sociais e econômicos (Cepeda. 2004, p. 618). O interessante sobre a Corte colombiana é o extremo cuidado e capacidade com que concilia seu "ativismo" com seu respeito pela democracia deliberativa.

A Corte demonstrou sua coragem e compromisso com a democracia deliberativa em uma diversidade de decisões em que derrubou leis quando elas foram aprovadas sem qualquer debate público ou quando não foram produto de um processo razoável de deliberação pública. Um exemplo marcante a esse respeito é sua decisão de 2004 que derrubou o chamado estatuto *antiterrorista,* que representava uma parte crucial da agenda política do executivo. A Corte procedeu dessa forma quando percebeu que mais de uma dúzia de representantes que votaram a favor do estatuto polêmico haviam mudado de opinião sobre o assunto de um dia para o outro, sem dar qualquer explicação pública sobre sua mudança de opinião.

Esse compromisso com a democracia deliberativa também parece evidente em sua ampla jurisprudência de direitos sociais e, particularmente, na nova e

complexa doutrina jurídica desenvolvida pela Corte, conhecida como "modulação dos efeitos das decisões". De acordo com o presidente do Supremo Tribunal Cepeda, o objetivo geral desses julgamentos constitucionais modulativos "não surge como consequência da interferência judicial nos poderes do Congresso, mas surge como um meio de harmonizar a necessidade de preservar a Constituição com o profundo respeito da Corte pelas decisões do legislativo. É por meio de tais decisões modulativas que a Corte busca defender a validade das leis na medida do constitucionalmente possível" (Cepeda, 2004. p. 566). As decisões modulativas podem ser de diferentes tipos, a saber, decisões "interpretativas", "expressamente integrativas" e "materialmente expansivas". Eles também podem se referir ao momento em que a decisão do tribunal entra em vigor. Em alguns casos notáveis, por exemplo, a Corte adiou os efeitos de suas decisões sob a suposição de que sua aplicação imediata colocaria em risco outros valores constitucionais fundamentais. Tentando dar ao Congresso espaço de manobra suficiente, a Corte adiou a aplicação de suas decisões de inconstitucionalidade por um determinado período. Por exemplo, em sua famosa decisão T-153 (1998) sobre os graves abusos cometidos dentro das prisões nacionais, a Corte reconheceu a dignidade das reivindicações dos presos e estabeleceu que o governo tinha um prazo de quatro anos para remediar a situação dos presos. Além disso, a Corte reconheceu que era o Congresso, e não o judiciário, o poder encarregado de decidir como acabar com esses abusos generalizados. A Corte seguiu uma estratégia semelhante em outra decisão difícil, T-025 (2004), que invocou a questão dos *desplazados.* ou seja, populações inteiras que foram deslocadas de seu local de residência como consequência da violência (ilegal) que sofreram. A Corte considerou que a política do governo em relação aos *desplazados* era - em sua profunda inadequação e ineficácia - inconstitucional, mas não tentou impor uma via alternativa às autoridades públicas. Por outro lado, a Corte afirmou que seguiria de perto as decisões do governo sobre o assunto e garantiria que essas decisões estivessem de acordo com a Constituição e fossem capazes de pôr fim à situação *desesperadora* dos desplazados.[19] Em todos esses casos, o Tribunal mostrou a possibilidade factual de intervir de maneira totalmente respeitosa com a autoria do legislador.

Esses exemplos ilustram as ceras em que os tribunais podem assumir uma atitude forte e até agressiva em relação à implementação dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, não abandonar - mas sim honrar - seu compromisso com a democracia deliberativa.

5 Judicial Review, Supremacia Judicial e Motivações Judiciais

As seções anteriores providenciaram algum apoio à tese de que os democratas deliberativos devem defender um judicial review, mesmo na (ou particularmente na) área dos direitos sociais. Gostaria agora de apresentar algumas notas críticas que lançam algumas dúvidas sobre as afirmações precárias, mesmo, embora não neguem sua força e importância.

Primeiro. Distinguirei entre os conceitos de *Judicial Review/Controle de Constitucionalidade* e *supremacia judicial.* A Judicial Review/Controle de Constitucionalidade é a atividade pela qual os juízes reafirmam a validade das normas legais e administrativas. A supremacia judicial tem a ver com "a noção de que os juízes têm a última palavra quando se trata de interpretação constitucional e que suas decisões determinam o significado da Constituição para todos"

(Kramer.2001. p. 6). Apesar do amplo apoio de que goza a supremacia judicial nos círculos jurídicos, é essa característica - uma característica que geralmente acompanha a prática da review judicial - que gera mais tensões com aqueles que defendem a democracia deliberativa ou outras visões fortemente majoritárias da democracia.

Aqueles que valorizam a democracia, entre outras razões, por causa de seus componentes majoritários (como fazem os democratas deliberativos) têm razões para aderir a essa crítica, que se baseia na ideia de igual respeito.[20] A supremacia judicial violaria a ideia de igual respeito porque permite que uma minoria de juízes imponha suas próprias visões ao resto da população. Essa possibilidade torna-se ainda mais censurável quando se percebe, com Jeremy Waldron, que os juízes também adotam suas decisões por meio do uso de procedimentos majoritários como consequência das fortes divergências que geralmente aparecem dentro dos tribunais, que simplesmente reproduzem as divergências que existem fora deles.

Os democratas deliberativos têm algumas razões para acrescentar a essa crítica inicial. Por exemplo, os democratas deliberativos que acreditam nas virtudes epistêmicas da discussão pública (Nino. 1991) podem dizer que a supremacia judicial é errada porque depende implicitamente das virtudes intelectuais de alguns poucos selecionados. em vez das capacidades epistêmicas dos cidadãos como um todo. Os defensores da democracia deliberativa também podem dizer que a supremacia judicial é errada porque desafia outro requisito fundamental da democracia deliberativa, que é que as questões públicas básicas devem estar sujeitas a um debate aberto e contínuo. Contra o que este princípio exige e praticamente falando, as decisões judiciais tendem a adquirir força de decisões "finais". Isso parece ser verdade, embora não seja teoricamente impossível para os outros ramos promoverem suas próprias visões e mesmo se admitirmos que, às vezes, o mesmo Tribunal reverte suas próprias decisões passadas levando em consideração as pressões vindas dos outros ramos ou do povo em geral. Isso ocorre porque os tribunais podem persistir com suas opiniões e, finalmente, impor suas visões a todos os atores restantes.[21]

A imagem de um diálogo parece de alguma forma imprópria quando os juízes têm a oportunidade de insistir com sucesso em suas próprias decisões, não importa o quanto o Congresso insista em uma solução oposta. A ideia de diálogo, ao contrário, parece normalmente implicar um certo tipo de igualdade que não é dada neste caso. Em um diálogo apropriado, seus argumentos e meus argumentos têm chances iguais de prevalecer, desde que sejam bons. Aqui, o diálogo parece inclinado e, o que é mais preocupante, parece desequilibrado para o lado errado: na vida real, cotidiana, não é o povo, mas o ramo menos democrático que tem a autoridade constitucional final".

A segunda nota crítica deriva de uma reflexão sobre as motivações judiciais, questão que tem sido surpreendentemente negligenciada pela literatura acadêmica. Com efeito, os acadêmicos parecem estar satisfeitos em seu papel de intelectuais públicos ou reformadores sociais depois de definir um modelo ideal de comportamento judicial. Eles dizem. Por exemplo: "Se os juízes fizessem X ou *Y*, ninguém poderia reclamar do que eles fizeram, porque sua tarefa seria totalmente justificada". Essa afirmação pode ser muito importante - como uma contribuição para definir um ideal regulador - mas é claramente incompleta no sentido de que não nos diz por que devemos esperar que os juízes sigam esse ideal. Por exemplo, alguns autores pensam que a judicial review seria plenamente justificada se os juízes concentrassem seus esforços na salvaguarda do processo político (Ely. 1980);[22] ou se os juízes se tornassem a voz da minoria impotente" (Fiss, 1976);[23] ou se aprendessem a "deixar as coisas indecisas", evitar generalizações abstratas, raciocinar por analogia}' e não por meio de princípios gerais amplos e mover-se cuidadosamente, passo a passo, tomando "um caso de cada vez" (Sunstein. 1999).

Provavelmente, se os juízes se comportassem da maneira descrita, suas ações seriam menos censuráveis do ponto de vista da democracia deliberativa. Ainda em defesa de tais propostas, deve-se admitir que, pelo menos em princípio, o quadro institucional existente não impede a obtenção dos resultados desejados: os juízes podem decidir trabalhar para as minorias desfavorecidas e insulares ou podem decidir agir de forma minimalista. O problema é, no entanto, que não temos boas razões para pensar que os juízes decidirão coletivamente agir da maneira recomendada em um determinado momento ou durante um determinado período de tempo. Em outras palavras, as mudanças propostas são materialmente viáveis, mas também, ao mesmo tempo, altamente improváveis de obter. É assim. entre outras razões, porque os juízes não têm incentivos para se comportar dessa maneira - embora talvez seja o caso de que, ocasionalmente, um juiz individual decida seguir uma dessas recomendações teóricas porque as considerou particularmente esclarecedoras. No entanto, em termos gerais, por que devemos esperar que os juízes abdiquem de seus enormes dotes e o façam nas ondas e nas ocasiões recomendadas por alguns acadêmicos? Podemos esperar seriamente que isso aconteça? É por isso que os democratas deliberativos têm motivos para manter seu ceticismo em relação ao judicial review.

Conclusão

É importante distinguir entre duas coisas, a saber,

(i) o fato de que os democratas deliberativos têm razões para serem céticos em relação à Judicial Review/Controle de Constitucionalidade, em geral: e

(ii) o fato de que decisões judiciais específicas podem estar mais ou menos alinhadas com os objetivos dos democratas deliberativos. Sem dúvida, para poder defender a Judicial Review/Controle de Constitucionalidade, os democratas deliberativos precisariam de garantias que atualmente carecem de Isso continuará a ser assim enquanto a supremacia judicial for mantida inalterada, pois nenhuma reforma institucional for introduzida para motivar os juízes a decidir de maneiras mais compatíveis com os objetivos de democracia deliberativa, e como o sistema institucional não é reorganizado de modo a favorecer o estabelecimento de um diálogo genuíno e igualitário entre os diferentes ramos do poder e também entre estes e o povo.

Nenhuma dessas certezas, no entanto, deve impedir que os democratas deliberativos avaliem diferentes decisões judiciais de forma diferente de acordo com sua proximidade ou distância do ideal institucional que defendem. As decisões judiciais na área de direitos sociais não devem ser exceção a esse respeito: algumas delas podem ser consideradas como trabalhando em direção ao ideal regulador da democracia deliberativa (ou seja, contribuindo para integrar grupos que foram indevidamente marginalizados pelo sistema político ou **forçando as autoridades políticas a justificar seus interesses, decisões de forma mais sólida),** enquanto outras podem ser consideradas como trabalhando na direção oposta (ou seja, assumindo que a Constituição é compatível com apenas um modelo econômico). E, eu acredito, é relevante reconhecer essas distinções, pelo menos para deixar para trás um certo dogmatismo que às vezes parece afetar nossa comunidade jurídica: aquele que sustenta que a "Democracia", em letras maiúsculas, exige sistematicamente que os juízes não façam valer os direitos sociais e econômicos.

References

Bhagwati. P. (1985), Judicial Activism and Public Interest Litigation'. *Columbia Journal of Transnational Law.* 23. pp. 561-577.

Bohman. J. (1996), *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy* (Cambridge. MA: MIT Press).

Bork R.H. (1997). *The Tempting of America* (New York: Free Press).

Cepeda. M. (2004), Judicial Activism in a Violent Context', *Washington University Global Studies Law Review,* 3. special issue, pp. 529-700.

Cohen, J. (1989), The Economic Basis of a Deliberative Democracy'. *Social Philosophy and Policy.* 6(2), pp. 25-50.

Cooley, T. (1868), A *Treatise on Constitutional Limitations* (Boston: Little Brown and Co).

Dworkin. R. (1977). *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth).

Easterbrook, F.H. (1992). Abstraction and Authority', *University of Chicago Law Review,* 59, pp. 349-380.

Elster. J. (ed.) (1998). *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press).

Ely. J. (1980). *Democracy and Distrust* (Cambridge. MA: Harvard University Press).

Fabre. C. (2000). *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life* (Oxford: Oxford University Press).

Fiss, 0. (1976) Groups and the Equal Protection Clause'. *Philosophy and Public Affairs,* 5, pp. 107-177.

Foibath. W. (1999), Caste. Class and Equal Citizenship'. *Michigan Law Review.* 98, PP- i-9i.

Gloppen. S. (2006), Analyzing the Role of Courts in Social Transformation', in P. Domingo. R. Gargarella and T. Roux (eds), *Courts and Social Transformation in New Democracies* (Aidershot: Ashgate), forthcoming.

Habermas. J. [1992] (1996). *Between Facts and Norms,* trans. W. Rehg (Cambridge. MA: MIT Press).

Hamilton. A.. Madison. J. and Jay, J. (1999), *The Federalist Papers,* ed. C. Rossiter (New York Mentor).

Held, D. (1997), *Models of Democracy* (Stanford: Stanford University Press). Hunt. P. (1996). *Reclaiming Social Rights* (Sydney: Dartmouth).

Kramer. L. (2001), Foreword: We the Court. *The Supreme Court, 2000 Term, Harvard Law Review.* 115(4), PP-16-74-

Manin. B. (1987). On Legitimacy and Political Deliberation. *Political Theory,* 15(3), PP- 338-368.

Michelman. F. (1987), 'Possession vs Distribution in the Constitutional Idea of Property. *Iowa Law Review,* 72, pp. 1319-1350.

Michelman. F. (1998). The Constitution. Social Rights and Reason'. *South African Journal on Human Rights.* 14, pp. 499-507.

Nino. C.S. (1991). *The Ethics of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press).

Nino, C.S. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven. CT: Yale University Press).

Sandel. M. (1996), *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy* (Cambridge, MA: Harvard University Press).

Scott, C. and Macklem. P. (1992), Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution'. *University of Pennsylvania Law Review,* 141(1), pp. 1-148.

Sunstein. C. (1985), Interest Groups in American Public Law-'. *Stanford Law Review.* 38, pp. 29-87.Sunstein. C. (1999), *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge. MA: Harv ard University Press).

Sunstein. C. (2004). *The Second Bill of Rights* (New York: Basic Books).

Thompson. D. (1999)- Democratic Theory and Global Society*, *The Journal of Political Philosophy.* 7(2). pp. 111-125.

Waldron. J. (1999). *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press). Walzer, M. (1981). Philosophy and Democracy'. *Political Theory.* 9. pp. 379-399.

[1] This is what James Madison presented as an inevitable principle of politics when he affirmed that "in all very numerous assemblies, of whatever character composed, passion never fails to wrest the scepter of reason" (Hamilton et aL. 1999, n. 55).

2 This was Madison's view, as stated in Hamilton et aL (1999. n. 10).

3 The requirements of democracy are fulfilled as far as periodic elections are in place and in each election the people have a fair chance to choose between at least two different political parties (Held. 1997, ch. 5). Other basic rights necessary for this purpose - such as freedom of expression, freedom of association - also appear as requisites of this view of democracy.

[4] Some authors have characterized this view of the State as "proceduralist"(Sandel. 1996). given that the State is supposed to be reduced to its minimum expression, renouncing to its

-regulatory" impulses as well as to the aim of imposing any kind of -substantive" outcomes.

5 There are many good illustrations of this view, including Thomas Jefferson's agrarian writings: Thomas Paine's early proposals for a "basic income:" Jose Artigas' "Reglamento Provisorio" for an egalitarian distribution of resources in Uruguay (1815): or Ponciano Arriaga's initiatives (in Mexico's 185". Constitutional Convention) in favor of enacting a Constitution mainly aimed at resolving the problem of an unequal distribution of land.

6 Michelman partially accepts and partially rejects Water's proposal. See a discussion of the topic in Michelman (1987).

7 This is clearly not the case of Frank Michelman. Michelman's view concerns what judges should do in the US and is based on the assumption that US democratic authorities are hostile to social rights. However, he does maintain that in other countries, such as South Africa, democratic authorities favored the inclusion of social rights in the Constitution (e.g..Michelman. 1998).

[8]12/3/2002; JA 2002-IV-466.

9 This definition is connected to the one advanced by Jon Elster. For him. "the notion includes collective decision-making with the participation of all who will be affected by the decision or their representatives: this is the democratic part. Also, all agree that it includes decision-making by means of arguments offered *by* and *to* participants who are committed to the values of rationality and impartiality: this is the deliberative part" (Elster, 1998, p. 8).

10 If we take into account Carlos Nino's view on deliberative democracy, protecting this system would require an examination of "the breadth of participation in the discussion by those affected by the decision ultimately taken: the freedom that participants enjoy to express themselves in deliberation: the equality of the conditions under which that participation is carried out: the satisfaction of the requirement that the proposals be properly justified: the degree to which debate is principled rather than the mere presentation of interests: the avoidance of frozen majorities: the extent to which the majority supports the decisions: the distance in time since the consensus was achieved: and the reversibility of the decision." And he adds: "The rules of the democratic process try to ensure that these conditions are met to the maximum degree possible in order to make the enactments of that process reliable guides to moral principles" (Nino, 1996, p. 199). Following Nino's epistemic view, I would also maintain that judges in a deliberative democracy should prevent the adoption of decisions

that interfered with individuals' personal morality given democracy's lack of epistemic power in this respect However. I will not discuss this issue at this stage of my argument

11 See in this respect, for example. Cohen (1989). More generally, see John Rawls's discussion on the fair value" of political liberties. I thank Pablo Gilabert for his comments on this issue.

[12] This view has even been recognized by the US Supreme Court in some of its landmark cases. Thus, for example, when it

maintained that -education is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship." *(Brown v. Board of Education* 347 US 483 (1954)).

13 "Some goods are so fundamental to the proper working of the democratic system that if they are not provided the democratic process will deteriorate so much that its epistemic value vanishes. If someone is starving or very ill and deprived of medical attention or lacks all possibility of expressing his ideas through the mass media, the democratic system is harmed in the same way as if we were disenfranchised" (Nino, 1996. pp. 201-202).

14 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* [2000] Interights Commonwealth Human Rights Law 72 (4 October 2000): (2001) (1) SA 46 (CC).

15 *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others* (2002) (5) SA 721 (CC); (2002), 10 BCLR1033.

16 According to Justice Bhagwati "the portals of the Court are thrown open to the poor, the ignorant and the illiterate and their cases have started coming before the Court through public interest litigation" (Bhagwati, 1985, p. 572).

17 For example, in *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India* (2 S.C.R. 67,1984)- the Court created a commission of inquiry composed of members of the civil society in order to help it with the implementation of the measures that were then ordered. In *Sheela Barse v. Union of India* (3 S.C.R. 443,1986), it organized a committee to ensure compliance with provisions in prison manuals (see Scott and Macklem, 1992).

18 1 S.C.R. 366 (1981).

19 By contrast, the Court's decision in the famous *UPAC* case, which actually involved three decisions (the first of which issued in May 1999. decision C-383,1999) related to the financing of social housing that had become completely inefficient due to unexpected changes in the country's economic situation. The Court maintained that the government's policy had become unconstitutional, which was quite obvious for a majority of jurists, but also imposed an alternative financing scheme to the government, making it difficult for the legislators to design their own agenda.

20 Quoting Feinberg's view of participation and respect for the individual, Waldron says -[pjerhaps [the support of] the right to participate has less to do with a certain minimum prospect of decisive impact and more to do with avoiding the insult, dishonor or denigration that is involved when one person's views are treated as of less account than the views of others, on a matter that affects them as well as the others" (Waldron, 1999. p. 238).

21 In this respect, for example, see Dworkin (1977).

22 John Ely conceptualizes the process to have failed where: (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out. or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disad*antaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalties of interest and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system (Ely, 1980. p. 108).

23 Thus, in ' Groups and the Equal Protection." Fiss affirmed that \w]hen the product of a political process is a law that hurts [disadvantaged minorities], the usual countermajoritarian objection to judicial invalidation - the objection that denies those nine men: the right to substitute their new for that of the people' - has little force. For the judiciary could be viewed as amplifying the voice of powerless minority: the judiciary is attempting to rectify the injustice of the political process as a method of adjusting competing claims[77] (Fiss. 1976. p.153)